

Abgrenzung Gewerbebetrieb – Freie Berufe

Sie möchten sich beruflich selbständig machen und wissen nicht, ob Sie damit einen Gewerbebetrieb gründen oder als Freiberufler tätig werden. Wir haben für Sie nachfolgend die Abgrenzungskriterien dargestellt und nennen Ihnen typische Berufe, die zur gewerblichen bzw. freiberuflichen Tätigkeit zählen.

Je nachdem ob Sie Gewerbetreibender oder Freiberufler sind, resultieren daraus jeweils sehr unterschiedliche Rechtsfolgen:

- Im Gegensatz zum Freiberufler unterliegt der Gewerbebetrieb der Gewerbesteuer;
- Der Freiberufler erzielt Einkünfte aus selbständiger Arbeit (§ 18 EStG), der Gewerbetreibende indes erzielt Einkünfte aus Gewerbebetrieb (§§ 15-17 EStG). Nur bei gewerblichen Einkünften wird für einkommensteuerliche Zwecke eine Steuerermäßigung gewährt; die Steuerermäßigung reicht in den meisten Fällen jedoch nicht aus, um die Mehrbelastung aus der Gewerbesteuer vollständig auszugleichen;
- Gewerbetreibende müssen ihr Gewerbe beim zuständigen Gewerbeamt anmelden; Freiberufler hingegen müssen beim zuständigen Finanzamt eine Steuernummer beantragen.

Gewerbetreibender

Der Begriff Gewerbetreibender bzw. Gewerbebetrieb ist in § 15 Abs. 2 Einkommensteuergesetz (EStG) definiert; ein solcher liegt vor, wenn folgende sieben Kriterien erfüllt sind:

1. Selbstständigkeit,
2. Nachhaltigkeit,
3. Gewinnerzielungsabsicht,
4. Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr,
5. keine Ausübung von Land- und Forstwirtschaft,
6. keine Ausübung einer selbständigen Arbeit (im Sinne des § 18 EStG),
7. keine reine Vermögensverwaltung

Gewerblich sind z. B.:

- Betriebe des Handwerks und der Industrie
- Handelsbetriebe
- Vermittlungstätigkeiten (z.B. des Maklers oder Handelsvertreters)
- Gaststättenbetriebe.

Kapitalgesellschaften wie die Aktiengesellschaft (AG) und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) sind kraft Rechtsform Gewerbebetrieb (§ 2 Abs. 2 GewStG).

Freiberufler (bzw. selbständige Arbeit)

Der § 18 EStG definiert die selbständige Arbeit nicht, sondern zählt die dazugehörigen Tätigkeiten auf. Einen einheitlichen Oberbegriff der freien Berufe gibt es nicht, so dass der nachfolgende, in § 18 EStG aufgeführte Katalog nicht abschließend ist.

- die selbstständig ausgeübte wissenschaftliche, künstlerische, schriftstellerische, unterrichtende oder erzieherische Tätigkeit,
- die selbstständige Berufstätigkeit der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Rechtsanwälte, Notare, Patentanwälte, Vermessungsingenieure, Ingenieure, Architekten, Handelschemiker, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, beratende Volks- und Betriebswirte, vereidigten Buchprüfer (vereidigten Bücherrevisoren), Steuerbevollmächtigten, Heilpraktiker, Krankengymnasten, Journalisten, Bildberichterstatler, Dolmetscher, Übersetzer, Lotsen (sogenannte Katalogberufe) und
- den Katalogberufen ähnliche Berufe. Damit ein Beruf dem Katalogberuf ähnlich ist, muss er in wesentlichen Punkten mit diesem übereinstimmen. Dazu gehört, dass Ausbildung und die berufliche Tätigkeit selbst mit dem Katalogberuf vergleichbar sind.

Alle anderen Tätigkeiten, die nicht in § 18 Abs. 1 EStG aufgeführt sind und nicht zu den "ähnlichen Tätigkeiten" zählen, sind gewerblich, wenn sie nicht zur Land- und Forstwirtschaft gehören.

Die ersten vier Voraussetzungen für einen Gewerbebetrieb (siehe oben) (Selbständigkeit, Nachhaltigkeit, Gewinnerzielungsabsicht, Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr) treffen auch für die selbständige Arbeit zu.

Abgrenzung Gewerbetreibender und Freiberufler

Die Ausübung einer selbständigen Tätigkeit unterscheidet sich vom Gewerbebetrieb grundsätzlich dadurch, dass der Einsatz von Kapital gegenüber der geistigen Arbeit und der eigenen Arbeitskraft in den Hintergrund tritt. Die Abgrenzung ist oftmals schwierig da zum Beispiel auch die freiberufliche Tätigkeit regelmäßig mit Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt wird.

Abgrenzungsschwierigkeiten können sich auch bei einer gleichzeitigen freiberuflichen und gewerblichen Tätigkeit ergeben. Übt eine natürliche Person sowohl eine gewerbliche als auch eine freiberufliche Tätigkeit aus, so sind diese steuerlich getrennt zu beurteilen, wenn zwischen beiden Tätigkeiten kein Zusammenhang besteht, so dass die Erzielung sowohl freiberuflicher als auch gewerblicher Einkünfte durch ein und dieselbe Person möglich ist. Besteht zwischen beiden Tätigkeiten ein sachlicher und wirtschaftlicher Zusammenhang („gemischte Tätigkeit“), kann aber eine einheitliche Beurteilung, d.h. die Annahme eines die gesamte Tätigkeit umfassenden Gewerbebetriebes geboten sein. Einheitliche Einkünfte liegen nur vor, wenn die Tätigkeiten derart miteinander verbunden sind, dass sie sich gegenseitig unauflösbar bedingen.

Insoweit besteht für den Freiberufler die Gefahr, durch seine gleichzeitige gewerbliche Tätigkeit insgesamt als Gewerbetreibender eingestuft zu werden.

Soll vermieden werden, dass es zu einer einheitlichen Veranlagung kommt, ist dem Finanzamt gegenüber glaubhaft zu machen, dass zwischen beiden Tätigkeiten kein sachlicher und wirtschaftlicher Zusammenhang besteht.

Tipp: Lassen Sie sich steuerlich beraten und suchen Sie den Dialog mit den Finanzbehörden, damit Sie in Abgrenzungsfragen schon im Vorfeld Rechtsklarheit gewinnen und so die Möglichkeit besteht, Sachverhalte ggf. noch anders zu gestalten.

Abgrenzung Gewerbetreibender / Vermögensverwaltung

Die bloße Nutzung und Verwaltung eigenen Vermögens, also insbesondere die Vermietung und Verpachtung von Grundstücken, ist in der Regel kein Gewerbebetrieb; entsprechend erzielt man aus dieser Tätigkeit Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung (§ 21 EStG).

Handelt es sich jedoch nicht nur um eine reine Nutzungsüberlassung sondern werden in nicht unerheblichem Umfang weitere Serviceleistungen erbracht, wird hingegen ein Gewerbebetrieb begründet. Ein Beispiel dafür ist der erhebliche organisatorische Aufwand bei lediglich kurzfristigen Vermietungen von Ferienwohnungen (vgl. H137 Abs. 2 (Gewerblicher Charakter der Vermietungstätigkeit) EStH).

Abgrenzung Freier Mitarbeiter / Freier Beruf

Der Begriff des „freien Berufes“ ist von dem des „freien Mitarbeiter“ zu unterscheiden. Der freie Mitarbeiter ist eine Person, die aufgrund eines Dienst-/ Werkvertrages für andere Unternehmen tätig ist, ohne im Rahmen eines festen, dauernden Beschäftigungsverhältnisses zu arbeiten. Er ist nicht in die Betriebsorganisation des Auftraggebers eingegliedert und erbringt die geschuldeten Leistungen persönlich. Je nach Tätigkeit kann der „freie Mitarbeiter“ Gewerbetreibender oder Freiberufler sein.

ABC der einzelnen Berufe

Die folgenden selbstständig ausgeübten Berufe gehören in der Regel zu den **gewerblichen Tätigkeiten** (vgl. H 136 EStH):

- **Anlageberater**
- **Architekt**, der bei Ausübung einer beratenden Tätigkeit an der Vermittlung von Geschäftsabschlüssen mittelbar beteiligt ist
- **Artist**
- **Buchhalter**
- **Detektiv**
- **EDV-Berater** im Bereich der Anwendersoftwareentwicklung übt keine ingenieurähnliche Tätigkeit aus; Gewerbetreibender ist auch ein EDV-Berater, der die Benutzer eines Softwareproduktes vor, bei und nach dem erstmaligen Einsatz betreut
- **Finanz- und Kreditberater**

- **Fitness-Studio**, sofern nicht Sportunterricht, sondern lediglich Einweisung in Gerätebenutzung
- **Fotograf**, der Werbeaufnahmen macht
- **Fotomodell**
- **Grafiker**
- **Handelsvertreter**
- **Klavierstimmer**
- **Künstler-Agent**
- **Makler**
- **Marktforschungsberater**
- Masseur, der überwiegend Schönheitsmassagen durchführt
- **Pharmaberater**
- **Public-Relations-(PR-)Berater**, sofern nicht künstlerisch
- **Sachverständiger** : gewerblich tätig, wenn der Gutachter bei seiner Tätigkeit an seine Marktkenntnisse oder an seine gewerblichen oder handwerklichen Erfahrung anknüpft oder wenn kommerzielle Gesichtspunkte in den Vordergrund treten. Eine freiberufliche Tätigkeit liegt dagegen vor, wenn der Gutachter auf der Grundlage von Disziplinen, die an Hochschulen gelehrt werden, und nach sachlichen und objektiven Gesichtspunkten eine qualifizierte Tätigkeit ausübt, die der Lösung schwieriger Streitfragen dient.
- **Schönheitssalon**
- **Übersetzungsbüro-Inhaber** , der selbst nicht über Kenntnisse der Sprachen verfügt, in die oder aus denen innerhalb des Geschäftsbetriebs (durch Angestellte) übersetzt wird
- **Unternehmensberater**: Freiberuflich, wenn als beratender Betriebs- oder Volkswirt aufgrund Ausbildung oder (Selbst-) Studium. Ansonsten vgl. Anmerkungen zum Betriebs- und Volkswirt. Gewerbliche Tätigkeit liegt dann bei weitergehender Spezialisierung vor.
- **Zahntechnisches Labor**
- **Zolldeklarant**.

Folgende Tätigkeiten zählen in der Regel zu den **freien Berufen**:

- **Architekt** , aber Gewerbe: ein Architekt, der schlüsselfertige Bauten erstellt.
- **Arzt**
- **Bauingenieur**
- **Baustatiker**
- **Beratender Volks- und Betriebswirt**: der beratende Volks- und Betriebswirt muss Kenntnisse in den hauptsächlichen Bereichen der Betriebswirtschaftslehre erworben haben, diese fachliche Breite auch in seiner praktischen Tätigkeit einzusetzen in der Lage sein und davon auch tatsächlich Gebrauch machen. Es kommt allerdings nicht darauf an, ob die Kenntnisse durch ein Hochschul-Studium erworben wurden oder auf Selbst-Studium beruhen. Eine gewisse Spezialisierung in der Berufstätigkeit ist unschädlich, solange diese sich wenigstens auf einen betrieblichen Hauptbereich erstreckt, wie z.B. Produktion, Absatz, Investition und Finanzierung oder betriebliches

Rechnungswesen. Bei weitergehender Spezialisierung, z.B. auf Werbeberatung, liegt gewerbliche Tätigkeit vor. Die EDV-Beratung ist ein eigenständiger Beruf und damit auch bei Ausübung durch einen Diplom-Kaufmann nicht der Tätigkeit eines beratenden Betriebswirts ähnlich (vgl. Einzelheiten unter EDV-Berater).

- **Bildberichterstatler**
- **Biologe**
- **Buchprüfer, vereidigt**
- **Bücherrevisor, vereidigt**
- **Designer**
- **Dolmetscher**
- **EDV-Berater**, soweit er Systemsoftware entwickelt. Dies ist ein dem Ingenieur (Katalogberuf der freien Berufe) ähnlicher Beruf. Dies gilt sowohl für den Hochschulabsolventen (Dipl.-Informatiker oder vergleichbare naturwissenschaftliche Ausbildung) als auch für den Autodidakten, der den Nachweis entsprechender theoretischer Kenntnisse anhand eigener praktischer Arbeiten erbringt.
- **Hebamme**
- **Heilpraktiker**
- **Handelschemiker**
- **Ingenieur**, aber Gewerbe: Herstellung, Bearbeitung oder Vertrieb von Waren
- **Innenarchitekt**, aber Gewerbe: Vermittlung des Absatzes von Möbeln
- **Interviewer**
- **Journalist**
- **Kameramann**
- **Krankengymnast**
- **Krankenpfleger**, aber noch nicht abschließend geklärt bei häuslichen ambulanten Pflegediensten durch Krankenschwestern/-pfleger: Freiberuflichkeit bejaht, da es den Heilberufen ähnlich (so Finanzgericht Niedersachsen in: EFG 94, S.146); verneint für Altenpflege, weil keine gesetzlich begründete Erlaubnis erforderlich und vom Gesundheitsamt nicht überwacht.
- **Künstler**, aber Gewerbe soweit werbeaktiv, z.B. Mitwirkung an Werbefilm ohne eigenschöpferische Leistung, Überlassen von Fotos u.ä.
- **Lehrer**, Musikunterricht und Privatunterricht im Sinne der Privatschulgesetze. Aber: Gewerbliche Tätigkeit z.B. bei Reitlehrern, die einen Reiterhof (mit Beherbergung und Beköstigung) betreiben, sowie Tanzlehrer, die in der Tanzschule z.B. auch Getränke verkaufen.
- **Logopäde**, wenn er seine Tätigkeit mit Erlaubnis nach dem Logopädengesetz ausübt.
- **Lotse**
- **Maler** (Kunstmaler)
- **Masseur**: die Tätigkeit eines Heilmasseurs, der staatlich geprüft bzw. anerkannt ist, zu den Krankenkassen zugelassen ist und der amtsärztlichen Aufsicht untersteht, wird als freiberufliche Tätigkeit anzusehen sein. Aber Gewerbe: Pflegerische und vorbeugende Behandlung von Gesunden (z.B. Sport-, Schönheitsmassagen).
- **Musiker**, soweit künstlerisch

- **Notar**
- **Patentanwalt**
- **Psychotherapeut/Psychologe** mit ärztlicher Ausbildung
- **Rechtsanwalt, Rechtsbeistand**
- **Restaurator**, freiberuflich tätig bei Gemälden usw., nicht jedoch bei Gebrauchsgegenständen (strittig)
- **Schriftsteller**
- **Steuerberater**
- **Steuerbevollmächtigter**
- **Tierarzt**
- **Tontechniker**, der aus Darbietungen einzelner Musiker ein bestimmtes Klangbild herstellen soll
- **Trainer**, jedoch nicht bei Unterricht an Tieren
- **Übersetzer**
- **Vermessungsingenieur**
- **Versicherungsmathematiker**
- **Wirtschaftsprüfer**
- **Wissenschaftler**
- **Zahnarzt.**